جناية البهيمة

بقلم: فضيلة الشيخ الدكتور حسين بن عبد العزيز بن حسن آل الشيخ*

الحمد لله وحده، وأصلي وأسلم على خير خلقه صلوات الله وسلامه عليه، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه، وسار على نهجه إلى يوم الدين..

أما بعد.

فإن الدين الإسلامي دين شامل، شمل جميع نواحي الحياة وشعبها بأحكامه وتعليماته، فلم يترك أمراً من أمور الدين والدنيا إلا وأوضحه غاية الايضاح وبينه غاية البيان، عن طريق قواعده الاجمالية الكلية أو أحكامه الجزئية التفصيلية.

* القاضي بالمحكمة الكبرى بالمدينة وإمام وخطيب المسجد النبوي الشريف

ولقد تضمنت تشريعات هذا الدين وجوب المحافظة على الضروريات الخمس التي جاءت الشرائع بوجوب المحافظة عليها، وجاءت أيضاً معتبرة الاعتداء على أي منها تهاوناً بمقومات البشرية، وعوامل استمرارها وبقائها، ولذا قضى على الأسباب التي تضر بهذه الضروريات وتمس كيانها.

ولقد عرض على الساحة القضائية قضية «جناية البهيمة» على السيارات، وما تؤدي إليه تلك الجناية من ازهاق نفوس الآدميين أو اتلاف لشيء من أعضائهم، وحينئذ عرضت لي فكرة الجمع عن هذا الموضوع المهم لأهميته الواقعية، إذ يحصل كثير مثل هذه الحوادث في الواقع وبالتالي فيحتاج القاضي إلى جمع استقرائي لأقوال أهل العلم وأدلتهم، والموازنة بينها.

فلهذا ولرغبة كثير من الإخوان أصحاب الفضيلة فقد عزمت على جمع كلام أهل العلم في هذه المسألة، مع ضيق الوقت وكثرة المشاغل، وهذا الجمع جمع استقرائي لكنه ليس بالاستقراء التام، بل اعتبره استقراءً ناقصاً لأنني قد استعجلت الكتابة فيه، إذ لم أمكث فيه إلا برهة قليلة من الزمن لم يتوفر لها التحقيق والتدقيق، وحسبي الجمع بما أمكنني في هذا الوقت القصير.

التمهيد

باديء ذي بدء نتطرق لبيان ماهية الجناية في اللغة والاصطلاح فنقول:

أ ـ الجناية لغة:

الجناية هي الذنب والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو

القصاص في الدنيا والآخرة .

وجنى فلان على غيره إذا جرّ جريرة ، وهي اسم لما يكتسب من الشر ، تسميه بالمصدر إذ هي في الأصل مصدر جنى يجني ، ويسمى مكتسب الشر جانياً . [1]

ب ـ الجناية اصطلاحاً:

كل فعل محرم حل بالنفس أو غيرها . إلا أن أكثر الفقهاء قد تعارفوا أن الجناية هي التعدي على الإنسان بما يوجب قصاصاً أو مالاً أو كفارة . [2]

فإن يكن صواباً فمن الله سبحانه والحمد لله وإن يكن الأخرى ، فحسبي الاجتهاد بما في الطاقة ، وتوفر الوقت الممكن .

هذا وإن ما سطرته رأي ملت إليه ظناً مني أنه يتمشى مع أصول الشريعة وقواعدها السمحة ، وأن الدليل يؤيده ، وكل رأي وافق الكتاب والسنة وجب الأخذ به ، كما أن كل رأي لم يوافقها يجب تركه وعدم العمل به ، فالحجة في الآثار لا في الآراء كما هو معلوم في هذه الشريعة علماً قطعياً ، وتواتر عن الأئمة تواتراً معنوياً ، والله سبحانه من وراء القصد ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

١ـ لسان العرب: ٢/ ٣٩٣.

٢ ـ تبين الحقائق على الكنز: ٧/ ٩٧ الشرح الكبير للدسوقي ٤/ ٢٤٢، حاشية البرماوي ٣٨٠، كشاف القناع ٣/ ٣٣٢.

المبحث الأول في الأحاديث الواردة في جناية الحيوان

لقد ورد في حكم ضمان ما تتلفه البهائم عدة أحاديث نذكرها رواية ودراية فيما يأتي:

الحديث الأول:

روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جرحها جبار» رواه البخاري ومسلم وغيرهما.[1] وإليك كلام بعض الشراح عن هذا الحديث:

(أ) قال الحافظ ابن حجر ـ رحمه الله ـ: «قوله «العجماء» بفتح المهملة وسكون الجيم وبالمد تأنيث أعجم وهي البهيمة، ويقال أيضاً لكل حيوان غير الإنسان، ويقال لمن لا يفصح، والمراد هنا الأول. «قوله جبار» بضم الجيم وتخفيف الموحدة هو الهدر الذي لا شيء فيه، كذا اسنده ابن وهب عن ابن شهاب وعن مالك. «ما لا دية فيه» أخرجه الترمذي وأصله أن العرب تسمي السيل جباراً أي لا شيء فيه، وقال الترمذي فسر بعض أهل العلم قالوا العجماء الدابة المنفلتة من صاحبها، فما أصابت من انفلاتها فلا غرم على صاحبها، وقال أبو داود بعد تخريجه العجماء التي تكون منفلتة لا يكون معها أحد، وقد تكون بالنهار ولا تكون بالليل، ووقع عند ابن ماجة في آخر حديث عبادة بن الصامت العجماء البهيمة من الأنعام وغيرها، والجبار هو الهدر الذي لا يغرم كذا وقع التفسير مدرجاً، وكأنه من رواية موسى بن عقبة، وذكر ابن

١ ـ صحيح البخاري المطبوع مع فتح الباري ١٢/ ٣١٤، صحيح مسلم مع شرح النووي ١١/ ٢٢٥، نصب الراية ٤/ ٣٨٧.

العربي أن بناء ج ب ر للرفع والاهدار من باب السلب وهو كثير يأتي اسم الفعل والفاعل لسلب معناه كما يأتي لاثبات معناه، وتعقبه شيخنا في شرح الترمذي بأنه للرفع على بابه لأن اتلاف الآدمي مضمونة مقهورة متلفها على ضمانها، وهذا اتلاف قد ارتفع عن أن يؤخذ به أحد» .[1]

(ب) وقال النووي-رحمه الله «قوله صلى الله عليه وسلم «العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس» العجماء بالمد هي كل حيوان سوى الآدمي، وسميت البهيمة عجماء لأنها لا تتكلم، والجبار بضم الجيم وتخفيف الباء الهدر، فأما قوله صلى الله عليه وسلم العجماء جرحها جبار فمحمول على ما إذا اتلفت شيئاً بالنهار أو أتلفت بالليل بغير تفريط من مالكها أو أتلفت شيئاً وليس معها أحد فهذا غير مضمون وهو مراد الحديث، فأما إذا كان معها سائق أو قائد أو راكب فأتلفت بيدها أو برجلها أو فمها ونحوه وجب ضمانة في مال الذي هو معها سواء كان مالكاً أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً أو مودعاً أو وكيلاً أو غيره إلا أن تتلف آدمياً فتجب ديته على عاقلة الذي معها والكفارة في ماله.

والمراد بجرح العجماء اتلافها سواء كان بجرح أو غيره قال القاضي: أجمع العلماء على أن جناية البهائم بالنهار لا ضمان فيها إذا لم يكن معها أحد فإن كان معها راكب أو سائق أو قائد فجمهور العلماء على ضمان ما أتلفته، وقال داود وأهل الظاهر لا ضمان بكل حال إلا أن يحملها الذي هو معها على ذلك أو يقصده، وجمهورهم على أن الضارية من الدواب كغيرها على ما ذكرناه،

١ ـ ج ١٢/ ٢١٤.

وقال مالك وأصحابه يضمن مالكها ما أتلفت، وكذا قال أصحاب الشافعي يضمن إذا كانت معروفة بالإفساد لأن عليه ربطها والحالة هذه، وأما إذا أتلفت ليلاً فقال مالك يضمن صاحبها ما أتلفته، وقال الشافعي وأصحابه يضمن إن فرط في حفظها وإلا فلا. وقال أبو حنيفة لا ضمان فيما أتلفته البهائم لا في الليل ولا في النهار وجمهورهم على أنه لا ضمان فيما رعته نهاراً، وقال الليث وسحنون يضمن». ا. هـ.[1]

(ج) وفي عون المعبود: قال الخطابي: وإنما يكون جرحها هدراً إذا كانت منفلتة عائرة على وجهها ليس لها قائد ولا سائق ولا عليها راكب. ا. هـ

وقال في شرح عبارة المتن: «العجماء»، أي التي يكون جرحها جبار «المنفلتة» أي المسرحة «التي لا يكون معها أحد» أي العجماء، «أحد» أي من القائد والسائق والراكب «وتكون بالنهار ولا تكون بالليل»، قال النووي: أجمع العلماء على أن جناية البهائم بالنهار لا ضمان لها فإن كان معها راكب أو سائق أو قائد، فجمهور العلماء على ضمان ما أتلفته وما إذا أتلفت ليلاً، فقال مالك: يضمن صاحبها ما أتلفت، وقال الشافعي وأصحابه: إذا فرط في حفظها.[2]

الحديث الثاني:

روى ابن شهاب الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة عن أبيه أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل.

---

٥ ـ شرح مسلم للنووي ١١/ ٢٢٥.
٦ ـ ج ٢/ ٢١٨، ٢١٩.

وفي لفظ: وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها. رواه مالك في الموطأ، والشافعي وأبو داود والنسائي وابن ماجة.[1]

درجة هذا الحديث:

١ ـ قال ابن عبد البر في التمهيد هكذا رواه جميع رواة الموطأ فيما علمت مرسلاً، وكذلك رواه أصحاب ابن شهاب عن ابن شهاب أيضاً هكذا مرسلاً إلا أن ابن عيينة رواه عن الزهري عن سعيد بن المسيب وحرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فذكر مثله بمعناه، وجعل مع حرام بن سعد سعيد بن المسيب وهذا الحديث وإن كان مرسلاً، فهو حديث مشهور، أرسله الأئمة، وحدث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز، ونقلوه بالقبول وجرى في المدينة به العمل. وقد زعم الشافعي أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب فألفاها صحاحاً، وأكثر الفقهاء يحتجون بها، وحسبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث.[2]

٢ ـ إن هذا الحديث احتج به الشافعي ونص على ثبوته وقوة رجاله، قال الحافظ ابن حجر بعد نقله لكلام ابن عبد البر ورد قول الطحاوي بنسخ الحديث: «وأقوى من ذلك قول الشافعي أخذنا بحديث البراء لثبوته ومعرفة رجاله».[3]

٣ ـ صححه الحاكم والبيهقي ـ رحمهما الله ـ وقال الشوكاني ـ رحمه الله ـ في نيل الأوطار في الحديث المذكور: «صححه الحاكم والبيهقي قال الشافعي أخذنا

١ ـ انظر الموطأ ٧٤٧, ٧٤٨، وسنن أبي داود مع شرحه معالم السنن ٥/ ٣٠٢ حديث رقم ٣٤٢٥، فتح الباري ١٢/ ٢١٧، نيل الأوطار ٥/ ٣٤٤.
٢ ـ التمهيد ١١/ ٨٢ حديث ابن شهاب عن ابن محيصة.
٣ ـ الفتح ١٢/ ٢١٧.

به لثبوته واتصاله ومعرفة رجاله» .[1]

وقال الشيخ الشنقيطي ـ رحمه الله ـ بعد ذكره له : «رواه الأئمة مالك والشافعي وأحمد وأبو داود، وابن ماجة والدارقطني وابن حبان وصححه الحاكم فقال بعد أن ساق الحديث المذكور : هذا حديث صحيح الإسناد على خلاف فيه بين معمر والأوزاعي فإن معمراً قال عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه وأقره الذهبي على تصحيحه ولم يتعقبه» . ا . هـ[2]

وممن صحح هذا الحديث جازماً بذلك ابن العربي ـ رحمه الله ـ في تفسيره حيث قال بعد ذكره له : «وهذا حديث صحيح لا كلام فيه»[3] وكذا الشيخ الألباني ـ حفظه الله ـ فقد قال في ارواء الغليل : «صحيح»[4]

قلت : فالحديث صحيح كما ترى، وقد احتج علماء الأمة على عدة أحكام فقهية بما هو أقل منه ثبوتاً وصحة .

الحديث الثالث:

عن النعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن» .[5]

رواه الدارقطني والبيهقي .

---

١ ـ نيل الأوطار ٦/ ٧١.
٢ ـ أضواء البيان ٤/ ٦٧٠ , ٦٧١ .
٣ ـ أحكام القرآن ٣/ ٣٦٧.
٤ ـ ٥/ ٣٦٢.
٥ ـ منتقى الأخبار مع شرح نيل الأوطار ٥/ ٣٤٢ , ٣٤٣. انظر الدارقطني حديث رقم ٣٦٣. السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٣٤٤.

درجة الحديث:

قال العلامة الشيخ الألباني ـ حفظه الله ـ: «ضعيف جداً» أخرجه الدارقطني (٣٦٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٤٤) عن أبي جزي نصر بن طريف عن السري بن إسماعيل عن الشعبي عن نعمان بن بشير به بلفظ «من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين . . . » والباقي مثله وقال: «أبو جزي والسري بن إسماعيل ضعيفان» قلت: لقد لطف القول فيهما وهما شر من ذلك فإنهما متروكان وقد نسب الأول منهما إلى وضع الحديث». ا. هـ[1]

قلت: فلهذا وجدنا بعض العلماء لم يذكر هذا الحديث دليلاً على ما استدل بحديث البراء عليه لكفاية الاستدلال بحديث البراء الصحيح.

المبحث الثاني في ذكر أقوال العلماء وأدلتهم في مسألة ضمان ما تتلفه البهائم

اختلف الفقهاء ـ رحمهم الله ـ في ضمان ما تفسده المواشي والدواب التي ليس معها أحد، ولهم في ذلك أربعة أقوال هي ما يلي:

القول الأول: يجب «الضمان على أصحاب البهائم فيما أفسدته بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار».

وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة. إلا أن الشافعية يطردون هذا مع

١ ـ إرواء الغليل ٥/ ٣٦١.

٢ ـ بداية المجتهد ٢/ ٢٤٢، التمهيد ١١/ ٨٣. الجمع لأحكام القرآن لابن العربي ٣/ ٢٦٧، منهاج الطالبين مع مغني المحتاج ٤/ ٢٠٦، حاشية الشرقاوي على التحرير ١/ ٤٤٦، حاشية الباجوري على شرح الغزي ٢/ ٢٥١، الشرح الكبير ٣/ ٢٢٧ دقائق أولى النهى ٢/ ٤٣٠، الفروع ٤/ ٥٢١ الفتاوى لابن تيمية ٣٠/ ٣٧٧.

العادة الجارية بالبلد .[2]

القول الثاني : لا ضمان على أصحاب البهائم فيما أتلفته مطلقاً ليلاً أو نهاراً وهذا قول الحنفية والظاهرية .[1]

القول الثالث : يجب الضمان على أصحاب البهائم فيما أتلفته مطلقاً ليلاً ونهاراً، هذا قول الليث وعطاء بعض المالكية .[2]

القول الرابع : يجب الضمان في غير المنفلت الذي يمكن حفظه ولا ضمان في المنفلت الذي لا يمكن حفظه ، وهو مروي عن عمر رضي الله عنه .[3]

الأدلة:

أدلة القول الأول :

استدل هؤلاء بأربعة أدلة نذكرها فيما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ **وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ** .. ﴾[4]

قال في التمهيد : «ولا خلاف بين أهل اللغة إن النفش لا يكون إلا بالليل وكذلك قال جماعة العلماء بتأويل القرآن .[5]

وقال الشنقيطي ـ يرحمه الله ـ بعد أن ذكر هذه المسألة : «وقيل يضمنونه بمثله كقضية سليمان قال ابن القيم وهذا هو الحق وهو أحد القولين في مذهب أحمد ،

---

١ ـ الهداية ٤/ ٢٠١ المبسوط ٢٦/ ١٩٢، النتف في الفتاوى ٢/ ٦٨٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٦٥ شرح القواعد للزرقاء ٥٢٥.
٢ ـ الفروق ٤/ ١٨٦، نيل الأوطار ٦/ ٧٤.
٣ ـ نيل الأوطار ٦/ ٧٤.
٤ ـ سور الأنبياء الآية رقم ٧٨.
٥ ـ ١١/ ٨٣.

ووجه عند الشافعية والمالكية والمشهور عنهم خلافه والآية تشير إلى اختصاص الضامن بالليل لأن النفش لا يطلق إلا على الرعي بالليل .[1]

فوجه الدلالة : «أن داود وسليمان حكما على صاحب الغنم بالضمان فيما أتلفته غنمه من الحرث ليلاً بالضمان ، قال القرطبي قوله تعالى ﴿إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾أي رعت فيه ليلاً والنفش الرعي بالليل ، يقال : نفشت بالليل ، وهملت بالنهار إذا رعت بلا راع[2] ا . هـ قلت : والاحتجاج بمثل هذا الدليل مأخذ أصولي ، ويسمى عند الأصوليين أصل شرع من قبلنا وقد فصلّ الأصوليون هذه المسألة وحرروا القول فيها على وفق الآتي :

أ ـ ما ثبت بشرعنا أنه شرع لمن قبلنا ثم ثبت بشرعنا أنه شرع لنا كالقصاص : فهذا شرع لنا بالاجماع .

ب ـ ما لم يثبت بشرعنا أصلاً أنه شرع لمن قبلنا كالمأخوذ من الإسرائيليات ، أو ثبت بشرعنا أنه شرع لمن قبلنا ، وصرح في شرعنا بنسخة كالآصار والاغلال التي كانت على من قبلنا : فهذا ليس بشرع لنا بالاجماع .

ج ـ ما ثبت بشرعنا أنه شرع لمن قبلنا ولم يصرح في شرعنا بنسخه فهذا محل الخلاف بين علماء الأصول والراجح عند الحنابلة ومشهور مذهب أبي حنيفة ومالك أنه شرع لنا ورجحه شيخ الإسلام ابن تيمية[3] فعلى هذا التأسيس فهذه المسألة التي نحن بصددها هي من القسم الأول ولا شك والحمد لله .

---

١ ـ أضواء البيان ٥/ ٦٧٠ .
٢ ـ أحكام القرآن ٦/ ٤٣٤٧ .
٣ ـ مذكرة روضة الناظر ٦١٦١ , ١٦٢، شرح جلال الدين المحلي ٢/ ٢٠٤، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١/ ٢٥٨ .

الدليل الثاني :

استدلوا بحديث البراء الذي أوردنا نصه فيما سبق ، قالوا : إن هذا الحديث خاص ولا يخالف حديث العجماء جرحها جبار ، لأن هذا عموم متفق عليه سنداً ومتناً وحديث البراء خاص ، قال الخطابي - رحمه الله - : «وحديث العجماء جبار عام وهذا حكم خاص والعام ينبني على الخاص ويرد إليه ، فالمصير في هذا إلى حديث البراء»[1] وقال الشوكاني - رحمه الله - : «ولا شك أنه - حديث العجماء - عموم مخصوص بحديث حرام بن محيصة والنعمان بن بشير[2] وقال الشنقيطي - رحمه الله - : «والجمهور يقولون : إن الحديث المذكور «العجماء جرحها جبار» عام وضمان ما أفسدته ليلاً مخصص له .[3]

الدليل الثالث :

أن صاحب الماشية فرط فيضمن كما لو كان حاضراً ، لأن عادة أهل الحوائط حفظها بالنهار دون الليل ، وعادة أهل المواشي ارسالها في النهار للرعي وحفظها ليلاً ، فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ فيلزمهم الضمان .[4]

الدليل الرابع :

أن صاحب الزرع يمكنه التحفظ بالنهار دون الليل ، وقد اعتبرتم امكان التحفظ وعدمه في الضمان فقلتم إن رمت الدابة حصاة كبيرة فأصابت شيئاً

---

١ - معالم السنن ٥/ ٢٠٢.
٢ - نيل الأوطار ٦/ ٧٣.
٣ - أضواء البيان ٥/ ٦٧١.
٤ - الفروق ٤/ ١٨٧.

ضمن الراكب أنه يمكنه التحفظ من ذلك بالتنكيب عنها بخلاف الصغيرة، فإنه لا يمكنه التحفظ عنها فلا يضمن، وقلتم يضمن إذا نفحت الدابة بيدها بأنه يمكنه ردها بلجامها ولا يضمن ما أتلفته برجلها أو ذنبها لعدم الإمكان.[1]

أدلة القول الثاني:

استدل هؤلاء بقوله صلى الله عليه وسلم «العجماء جرحها جبار».

وجه الدلالة: أنه حديث عام يوجب العمل بعمومه، وعمومه ينفي ضمان ما تفسده ليلاً أو نهاراً.[2] والجواب عن هذا الاستدلال: أنه حديث عام وحديث البراء خاص، والخاص مقدم على العام كما سبق ذكره.[3]

أدلة القول الثالث:

استدل هؤلاء بأن ارسال هذه البهائم تعدٍ من المرسل، والأصول تقتضي أن على المتعدي الضمان.[4]

والجواب عنه من وجهين:

الأول: جواب بالمنع:

فيقال ليس كل ارسال تعد فمحل كونه تعدياً من المرسل إذا لم يتسبب صاحب الزرع في الاتلاف وإلاّ فالتعدي من صاحب الزرع إذا ترك الحفظ بالنهار قد تسبب في اتلافه فلا ضمان على صاحب الماشية حينئذ.[5]

١ ـ الشرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٢٧
٢ ـ التمهيد ١١/ ٢٨٥.
٣ ـ المحلى ٨/ ١٥٦. مسألة ١٢٦٥، فتح الباري ١٢/ ٢٢٨ أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢٢٣.
٤ ـ التمهيد١١/ ٢٨٥.
٥ ـ تهذيب الفروق ٤/ ٢١٢.

الثاني: جواب بالتسليم:

سلمنا بذلك لكن هذا مخالف للأصول الصحيحة التي جعلها الرسول صلى الله عليه وسلم أصلاً وهو حديث البراء وحديث العجماء. ففي هذا القول الذي قلتم به إذا أهدر لهما. قال الشوكاني ـ رحمه الله ـ بعد ذكره لهذا القول «وهو اهدار للدليل العام والخاص».[1]

أدلة القول الرابع:

استدل لهذا القول بأن البهيمة غير المنفلتة يمكن حفظها فيجب ضمان ما تتلفه، أما المنفلتة فإنه لا يقدر صاحبها على حفظها فلا يجب عليه ضمان ما تتلفه.[2]

قلت: وهذا تفصيل لم ترد به السنة الصحيحة، بل وفيه إهمال لدلالة الحديثين الواردين فيكون هذا القول فاسد الاعتبار إذاً.[3]

الراجح:

بعد هذا العرض للأحاديث الواردة وكلام الشراح حولها رواية ودراية فإنه يتبين رجحان رأي الجمهور، وهو القول الأول لعدة أسباب أذكرها فيما يلي:

١ ـ أن أدلته أقوى، ذلك أن فيه جمعاً بين الأدلة الشرعية من حيث الأخذ بالدليل العام إلا فيما دل عليه الدليل الخاص، فيستثنى محل الخصوص لدلالة الدليل الخاص، وفيما عداه يؤخذ بالعام طاعة للرسول صلى الله عليه وسلم فيما دل عليه قوله العام والخاص.

١ ـ نيل الأوطار ٦/ ٧٤.
٢ ـ بداية المجتهد ٢/ ٢٤٢، تهذيب الفروق ٤/ ٢١٢، نيل الأوطار ٦/ ٧٤.
٣ ـ نيل الأوطار ٦/ ٧٤.

وهذه المسألة ترجع لأصل أصولي بين الجمهور والحنفية وذلك إنه إذا ورد عن الشارع لفظ «عام» ولفظ خاص فإن الجمهور يقدمون الخاص مطلقاً سواء كانا مقترنين مثل ما لو قال في كلام متواصل : اقتلوا الكفار، ولا تقتلوا اليهود، أو يقول زكوا البقر ولا تزكوا العوامل، أو كانا غير مقترنين، وسواء كان الخاص متقدماً أو متأخراً وهذا هو الصحيح لأن في تقديم الخاص عملاً بكليهما بخلاف العكس فكان أولى.

وعن الإمام أحمد رواية في غير المقترنين موافقة لقول أكثر الحنفية وغيره أنه إن تأخر العام نسخ، وإن تأخر الخاص نسخ من العام وإن جهل التاريخ فيقف الأمر حتى يُعلم وعند بعض الحنفية وهو رواية لأحمد يقدم الخاص.[1]

ولا شك أن مذهب الجمهور في هذا الأصل أصح للأمور الآتية :

١ ـ إن قوله سبحانه وتعالى : ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ**﴾[2] خصّ قوله سبحانه وتعالى : ﴿**وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ**﴾.[3]

قال ابن الجوزي : «على هذا عامة الفقهاء وروي معناه عن جماعة من الصحابة منهم عثمان وطلحة وحذيفة وجابر وابن عباس».[4]

٢ـ إن الخاص قاطع أو أشد تصريحاً وأقل احتمالاً . . ا. هـ.[5]

---

١ ـ انظر المتصفي ٢/ ١٠٢ , ١٤١، جمع الجوامع ٢/ ٤٤، المودة ص ١٢٤ العدة ٢/ ٦١٥. الروضة ٢/ ٢٥١، شرح الكواكب المنير ٣/ ٣٨٢.

٢ ـ الآية ٥ المائدة.

٣ ـ الآية ٢٢١ من البقرة.

٤ ـ زاد المسير ١/ ٢٤٧.

٥ ـ شرح الكواكب المنير ٣/ ٣٨٤، والمصادر السابقة.

فإن قيل: ألا يمكن القول بالنسخ كما ذكره الحنفية حيث قالوا: إن حديث العجماء قد نسخ قصة البراء وعليه فيؤخذ بالناسخ ويترك المنسوخ كما هي القاعدة المقررة قطعاً.

فيقال: إن هذا الأمر مردود لوجهين:

أ ـ وجه بالمنع: بأن يقال: إن النسخ لا يصار إليه إلا عند التعارض، ولتعذر الجمع، وذلك فيما إذا لم يمكن استعمال أحد الدليلين إلا بنفي الآخر، وليس بين الحديثين هنا تعارض فحديث العجماء متفق على عمومه فيخص منه ما دل عليه حديث البراء.

ب ـ وجه بالتسليم: بأن يقال سلمنا لكم أن النسخ يمكن هنا لكن النسخ يشترط له شروط حتى يقال به، ومنها ثبوت التاريخ لكلا النصين حتى ينسخ المتأخر المتقدم، ولا دليل على التأخر، والنسخ لا يثبت بالاحتمال مع الجهل بالتاريخ.[1]

ولهذا كله نجد أن الطحاوي ـ رحمه الله ـ يقول إن تحقيق مذهب أبي حنيفة أن لا ضمان إذا أرسلها مع حافظ وأما إذا أرسلها من دون حافظ ضمن[2] قال الشوكاني ـ رحمه الله ـ: ولا دليل على هذا التفصيل.[3]

---

١ ـ أحكام القرآن لابن العربي ٤٣٥٥ بتصرف.
٢ ـ نيل الأوطار ٦/ ٧٤.
٣ ـ المصدر السابق.

المبحث الثالث في الحاق غير الزرع بالزرع فيما تتلفه البهيمة

بعد أن استقر من البحث المتقدم، أن الراجح هو أن ما تفسده البهائم نهاراً غير مضمون، وما تفسده ليلاً مضمون، وأن الدليل في ذلك هو الجمع بين الأدلة.

ولأن الأدلة النقلية التي أُستدل بها على هذا القول قد وردت في الزروع، فإنه حينئذ يبقى غيره تتجاذب حُكمْه الأدلة، هل يندر تحت عموم حديث العجماء فلا يكون مضموناً إذا أتلفته البهائم، أو يقال بقياس غير الزرع على الزرع فنقول ـ وبالله التوفيق ـ الكلام على هذا في أمرين:

الأمر الأول: إن هذا البحث إنما يرد عند القائلين بالتفصيل فيما تتلفه البهائم، أما الحنفية ومن وافقهم فهم على طراد قولهم في أن ما تتلفه البهيمة لا يضمنه صاحبها.

الأمر الثاني: ذكر الخلاف بين أهل العلم في قياس غير الزرع على الزرع في الضمان:

عند استقراء كلام المالكية والشافعية والحنابلة نجد أن بعض العلماء قد عمّ الحكم فيما تفسده البهائم ليلاً زرعاً أو غيره، وأن الأكثر خصصه بالزروع والحوائط ولنذكر الأقوال فيما يلي:

القول الأول: إن ضمان صاحب البهيمة فيما اتلفته بهيمته ليلاً إنما يكون إذا كان المتلف زرعاً أو حرثاً.

وهذا هو قول مالك وقول عند الحنابلة .

قال ابن عبد البر ـ رحمه الله ـ : «قال مالك وما أفسدت المواشي والدواب من الزروع والحوائط بالليل فضمان ذلك على أهلها وما كان بالنهار فلا شيء على أصحاب الدواب . . قال مالك فإذا انفلتت دابة بالليل فوطئت رجل نائم لم يغرم صاحبها شيئاً وإنما هذا في الحوائط والزروع والحرث» . (١)

وقال الشيخ عبد الرحمن بن قدامة : «فصل فإن اتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ليلاً كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها» . (٢)

القول الثاني : أن غير الزروع يلحق بالزرع في هذا الحكم وهو ضمان ما تتلفه البهيمة ليلاً .

وهذا قول الشافعية والقول الثاني للحنابلة . (٣)

قال النووي في منهاج الطالبين : «وإن كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعاً أو غيره نهاراً لم يضمن صاحبها أو ليلاً ضمن إلا أن لا يفرط في ربطها أو حضرها صاحب الزرع وتهاون في دفعها» . (٤)

وقال المرداوي ـ رحمه الله ـ في الانصاف بعد كلام له في تضمين صاحب الدابة ما أفسدته ليلاً وهل يخص ذلك بالزرع والشجر أم يعم سائر المال :

١ ـ التمهيد ١١/ ٨٣.
٢ ـ الشرح الكبير ٣/ ٢٢٨.
٣ ـ حاشية الشرقاوي على التحرير ١/ ٤٤٦, ٤٤٧.
حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع ٢/ ٢٥١.
حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبيني، ٣/ ٢١٢، وانظر الفروع لابن مفلح ٤/ ٥٢١.
٤ ـ ٤/ ٢٠٦.

«والصحيح من المذهب أنه يضمن جميع ما أتلفته مطلقاً قال الحارثي وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال . . وقال في الواضح يضمن ما أتلفته ليلاً من سائر المال بحيث لا ينسب واضعه «قلت يعني واضع المال» إلى تفريط»ا . هـ . [1]

ونقل قول صاحب المغني فيما ذكر من أن الدابة إذا أتلفت غير الزرع لم يضمن مالكها ليلاً أو نهاراً ثم ذكر بعده ما نصه : «قال الحارثي وابن منجا ولم أجده لأحد غيره» وقال «قال ابن منجا في شرحه خص المصنف ـ يعني صاحب المقنع ـ ابن قدامة ـ الحكم بالزرع والشجر وليس كذلك عند الأصحاب» . ا . هـ .

أدلة القولين :

أ ـ استدل أصحاب القول الأول :

بعموم حديث «العجماء جرحها جبار» ولم يخص منه إلا ما ورد في حديث البراء وهو خاص بما تفسده البهائم من الزورع فيبقى ما عداه على العموم .

قالوا : وما ورد في حكم داود وسليمان عليهما السلام فهو خاص بالنفش والنفش هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه . [2]

ب ـ استدل أصحاب القول الثاني : بالقياس على الزروع حيث قد وردت قصة ناقة البراء في الزروع فيقاس غيرها من المتلفات عليها إذ لا فرق

---

١ ـ ٦/ ٢٤١.
٢ ـ الشرح الكبير ٣/ ٢٢٨.

بينهما حينئذ.

قالوا وقد حكم شريح - رحمه الله - في شاة وقعت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ ﴿ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ ﴾، قال والنفش لا يكون إلا بالليل.

والراجح هو القول الثاني: لعدة أسباب نذكرها فيما يلي:

١ - إن القصة وإن وردت في الناقة التي دخلت حائطاً وأفسدت فيه فإننا نجد أن اللفظ يؤخذ منه العموم حيث ورد عند ابن ماجة بلفظ عن ابن شهاب عن حرام بن محيصة أن البراء بن عازب أخبره... أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطاً فأفسدت فيه فكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن حفظ الحوائط على أهلها بالنهار وحفظ المواشي على أهلها بالليل وأن على أهل الماشية ما أصابت بالليل.[١]

وقد ورد لفظ الموطأ كما سبق ذكره بلفظ: «إن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها وأن ما أصابت الماشية بالليل فهو على أهلها»«.[٢]

فمعلوم عند الأصوليين أن استعمال «ما» في غير العاقل وهي من صيغ العموم، وقد تقرر في القاعدة المشهورة عند العلماء في شتى الفنون أن «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب».

٢ - إن القياس هنا عند من قال به قياس صحيح، وتوفرت فيه الشروط المعتبرة

١ - سنن ابن ماجة ٢/ ٥٤ - ٥٥ «الأحكام ١٣» مع حاشية السندي طبع المطبعة التازية.
٢ - ح - ٤/ ٢٩٥ طبع في بيروت المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دار صادر للطباعة والنشر. وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال.

وحينئذ فيكون ما ثبت بهذا القياس ـ أعني ضمان ما تتلفه البهيمة ولو في غير الزروع ـ مخصص لعموم ما دل عليه حديث العجماء، وقد علم في مقررات الأصول أنه يجوز تخصيص اللفظ العام بالقياس قطعياً أو ظنياً وهو الذي عليه الأئمة الأربعة.[1]

٣ ـ إن ترك الرجل بهائمه ليلاً سائبة، بلا راع لتتخطى طرق الناس ومركوباتهم فعل ضار لما ينتج عنه من ضرر يلحق الناس، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار».[2]

ولذا فمن القواعد الكلية الخمس عند الفقهاء بالاجماع قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، فالضرر أياً كان نوعه لا يكون مشروعاً، ويعتبر فاعله معتدياً ومفرطاً، وما ينتج عن فعله هذا يلزمه تبعته إذاً.

فمتى حصل من البهيمة البهيمة المسيبة جناية بالليل فإن الأصول الشرعية تجعله مفرطاً، ويكون فعله هذا سبباً للضمان في الزرع وغيره إذ علم من قواطع الشريعة أنها أناطت الضمان بالضرر، وجعلته علة، فمتى وجدت العلة وجد المعلول.

٤ ـ إن الشرع الحكيم جاء مراعياً الأرفق والأسهل لأصحاب المواشي ولأصحاب الحقوق المعتدى عليهم بجناية هذه المواشي، ولهذا ذكر العلماء الحكمة في التفريق بين الليل والنهار في قصة البراء بأن أهل المواشي لهم ضرورة

---

١ ـ انظر العدة ٢/ ٥٥٨، الروضة ٢/ ٢٤٩، المسودة ص ١١٩.
شرح الكواكب المنير ٣/ ٣٧٧، الإحكام للآمدي ٢/ ٣٣٧، المستعفي ٢/ ١٢٢، جمع الجوامع ٢/ ٢٩.
٢ ـ أحكام القرآن للقرطبي ٦/ ٤٣٥٦.

إلى ارسال مواشيهم ترعى بالنهار، والأغلب عندهم أن من عنده زرع يتعاهده بالنهار ويحفظه عمن أراده، فجعل حفظ ذلك بالنهار على أهل الزروع لأنه وقت التصرف في المعاش كما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا﴾[1]، فإذا جاء الليل فقد جاء الوقت الذي يرجع كل شيء إلى موضعه وسكنه كما قال الله تعالى: ﴿مَنْ إِلَهٌ غَيْرُ اللَّهِ يَأْتِيكُم بِلَيْلٍ تَسْكُنُونَ فِيهِ..﴾.[2]

ويرد أهل المواشي مواشيهم إلى مواضعهم ليحفظوها، فإذا فرط صاحب الماشية في ردها إلى منزله، أو فرط في ضبطها وحبسها عن الانتشار بالليل حتى أتلفت شيئاً فعليه ضمان ذلك، فجرى الحكم على الأوفق والأسمح، وكان ذلك أرفق بالفريقين، وأسهل على الطائفتين.[3]

فمنه يفهم أن ترك البهائم في الليل ترد الطرق والأماكن التي يغلب على الظن أنها تتلف شيئاً عمل ليس لرب الماشية حق فعله، بمعنى أنه جاوز المشروع إلى غيره أو جاوز المأذون له في حقه وتعداه إلى غيره وهذا ما يعبر عنه بمجاوزة صاحب الحق إلى حق غيره وهذا يسمى عند الفقهاء تعدياً أو اعتداءً.

وحينئذ إذا ثبت أن ذلك تعدياً فمن المعلوم أن صاحب الماشية حينما تتلف دابته شيئاً على الوجه المتقدم، وتتوفر أسباب الضمان الأخرى، ومنها إناطة المسؤولية كلاً أو بعضاً بفعل الدابة ـ فإن صاحبها ـ يوصف في التكييف الفقهي بأنه متسبب، والمتسبب يشترط لوجوب الضمان عليه ـ عند الفقهاء ـ أن يكون

١ ـ سورة النبأ آية رقم ١١.
٢ ـ سورة القصص آية رقم ٧٣.
٣ ـ أحكام القرآن للقرطبي ٦/ ٤٣٥٦.

الفعل الأول المتسبب في الضرر قد وقع تعدياً، ولهذا قالوا الاتلاف بالسبب كالمباشرة إذا كان المتسبب متعدياً؛ كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق بدون حق، فعلى هذا الدليل المركب يتبين صحة القول بقياس غير الزرع على الزرع .

٥ ـ إن من الأصول المعتبرة في الشريعة الإسلامية أصل سد الذرائع، ولهذا أفاض ابن قيم الجوزية ـ رحمه الله ـ في كتابه «أعلام الموقعين» القول في مبدأ سد الذرائع، وأورد تسعة وتسعين وجهاً للدلالة على أنه أصل يحتج به في الاستنباط .[١]

ونقول: إن الشريعة الإسلامية وضعت تشريعات حكيمة للمحافظة على أنفس الناس وأطرافهم من الاعتداد عليها، ومن هنا رتبت على قتل الخطأ بعض العقوبات التي تجعل الإنسان يراعي في تصرفاته وأفعاله الحكمة واليقظة، ويترفع عن التساهل وعدم الحيطة، حتى لا يؤدي إهماله إلى اتلاف نفوس الناس أو أعضائهم، وبهذا حافظ على نفوس الناس وأعضائهم .

وتأسيساً على ما تقدم فإن القول بأن صاحب البهيم لا يضمن بالليل جميع ما أتلفته بهيمته إذا وقعت المسؤولية عليها حسب رأي الخبرة، فإن هذا سيؤدي إلى أن صاحب البهائم سيتساهل، ويترك الحيطة ويهمل في حفظ بهائمه فوجب سد الباب إذ إن هذا الأمر سيكون مؤدياً إلى مفسدة قطعاً في جري العادة والذريعة إلى المفسدة مفسدة يجب درؤها .

ولهذا جاءت السنة بالتفريق بين الليل والنهار كما في قصة البراء وذلك في غاية الحكمة .

---

١ ـ أعلام الموقعين ٣/ ١١٩، تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٠٠.

والحاصل: أن يقال صاحب البهيمة يرد أن يجلب لنفسه مصلحة، ذلك بتركه بهائمه سائبة ترعى حيث شاءت بنفسها، لكن هذا الفعل الذي هو يرى أن فيه مصلحة يفضي إلى المضرة بغيره كما جرت به العادة قطعاً أو غالباً، فإقدامه على الفعل على هذا الوجه تقصير في الاحتياط لتجنب الضرر وتقصير في فهم المعاني الإسلامية وما تلزمه به من الحرص واليقظة والتعاون على البر والتقوى، لعصمة الإنسان عن الاضرار به وإيلامه فيمنع من جهة أنه عالم بالضرر وبوسعه أن يتفادى وقوعه فقامت مظنة أنه يقصد الاضرار، فالفعل هذا مناقض لقصد الشارع وكل ما ناقض الشريعة فهو باطل، فكان القول بأن عليه الضمان متمشياً مع الأصول حينئذ.

ولهذا فقد قسم القرافي الذرائع إلى ثلاثة أقسام أحدها: معتبراً اجماعاً كحفر الآبار في طريق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أن يسب الله تعالى.

وثانيهما: ملغى اجماعاً، كزراعة العنب، فإنه لا يمنع خشية الخمر.

ثالثهما: مختلف فيه كبيوع الآجال، قال ـ رحمه الله ـ: اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا، فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا، لا أنها خاصة بنا». [1]

٦ ـ إن مقاصد الشريعة عند كل حكم من الأحكام تعود إلى تحقيق مقصد عام، وهو إسعاد الأفراد والجماعة، وحفظ النظام وتعمير الدنيا بكل ما يوصل إلى الخير والكمال الإنساني حتى تصير الدنيا مزرعة للآخرة فيحظى الإنسان

١ ـ تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٠٠.

بسعادة الدارين، ولهذا قال الشاطبي: «إن الأصول الكلية التي جاءت الشريعة بحفظها خمسة وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال».

ولهذا نعلم أن الشريعة جاءت مراعية جلب المصالح وتكثيرها.

ولهذا فإن القول بأن كل تصرف يصدر من فرد ما من شأنه تفويت مصلحة على أحد من الناس أو اتلاف له يصلح سبباً لحكم وضعي - وهو الضمان في جناية البهيمة هنا - يتعلق به، لأن الغرض من الضمان هو جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، وهذا من الأمور التي لا تتم مصالح الأمة إلا بها - أعني القول بتضمين صاحب البهيمة ما أتلفته بهيمته ليلاً من أي شيء كان - فلو لم يضمنوا جنايات بهائمهم لأتلف بعضهم أموال بعض ونفوسهم وأصبحت الأمور غير منضبطة حينئذ.

وهذه المصلحة عند التحقيق فيها هي من أقسام المصالح المعتبرة التي شهد الشرع بقبولها فلا اشكال في صحتها ولا خلاف في أعمالها، ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم فرّق بين الليل والنهار فجعل ما تفسده البهائم في الليل مضموناً، والباقي يبقى على عموم حديث العجماء جبار، ونحن قد ظهر لنا المعنى في التفريق بين الليل والنهار كما سبق بيانه، وأن ذلك جرياً لمراعاة مصلحة الخلق وفق الأسمح والأرفق، والحمد لله على التوفيق.